

大雅叢刊

親屬法論文集

戴東雄 著／東北圖書公司印行

親屬法論文集 / 戴東雄著 -- 初版 --

台北市：三民，民77

[10]，650面；21公分

1. 親屬法一論文，講詞等 I. 戴東雄著

584.407/8374

© 親屬法論文集

作者 戴東雄

發行人 劉仲文

出版者 東大圖書股份有限公司

總經理 三民書局股份有限公司

印刷所 東大圖書股份有限公司

地址／臺北市重慶南路一段六十二號二樓

郵撥／〇一〇七一七五——〇號

初版 中華民國七十七年十二月

編號 E 58394

基本定價 玖元柒角捌分

行政院新聞局登記證局版臺業字第〇一九七號

親屬法論文集
編號 E 58394

東大圖書公司

自序

親屬法乃規律人類身分上之關係，此包括一定身分關係的發生、變更或消滅以及基於此關係所發生的權利義務。其中以結婚、離婚、父母子女及收養之諸問題為核心。此身分關係影響人民家庭生活的美滿幸福，社會秩序的安定祥和，甚至國家的興盛，民族的綿延至為重大。

親屬法與一國歷史傳統與社會習俗息息相關。我國於民國十九年十二月公布之親屬編，一方繼受歐陸近代法思想，尤其獨立人格及男女平等的觀念；他方仍受傳統家族主義與男權優越的思想，表現新舊思想的妥協。

自民國二十年十二月施行親屬編後，迄今經歷五十年，內容從未受修正。但這五十年來的社會變遷有目共睹，尤其政府遷臺以來，經濟發展，社會繁榮，使婚姻觀念與家庭組織均發生很大的改變，致使原規定的親屬法呈現不少窒礙難行。有鑑於此，前司法行政部自民國六十三年七月起，邀請學者專家組成一民法研究修正委員會，全面修正民法各編。目前修正完成之民法有總則編、親屬編與繼承編。

本人一向在臺灣大學法律學系擔任親屬法與中國法制史課程及在法律研究所擔任身分法專題迄今。為因應這次民法親屬編之修正，在上課之餘，從事親屬法專題之探討，不遺餘力，以期對親屬編之修正，提出個人淺見，以盡棉薄之力。

本人自民國六十五年起在臺大法學論叢、政大法學評論、法務部

2 親屬法論文集

法學叢刊陸續發表親屬法之諸基本問題。茲將集成本書，取名「親屬法論文集」加以出版，以就教法學先進。本書內容包括西德、瑞士、日本親屬法立法之新趨勢，我國婚姻法、離婚法、收養法及家制之現代化，夫妻財產制之檢討，人工生殖在法律上身分問題之探討以及我國婦女在法律上之保障等。

民法親屬編及其施行法之修正，經立法院審慎討論後，於民國七十四年六月五日公布實施。此次修正之幅度甚大，且有不少之改進。在本書中所提出之修正意見，不少已成為新法內容，頗覺欣慰。例如聯合財產制採盈餘分配請求權，使妻在婚姻生活中之地位提高不少。又如收養上採國家監督主義，即收養契約非經法院之認可，不能生效等。惟無可否認，親屬編之修正，仍有甚多缺點，有待改進。如結婚之形式要件仍採儀式婚主義，但離婚之形式要件改採戶籍登記主義，使二者無法配合，漏洞百出。又如離婚後子女之監護及贍養費之請求；未能改進，而與社會需要不能配合。

有鑑於此，本人仍一本初衷，願繼續以所學，為改善我國親屬法而努力。惟本人學殖淺薄，謬誤之處，在所難免，至祈大方指正。

戴東雄 謹識於臺大法學院研究室

民國七十七年十一月二十日

親屬法論文集 目次

自 序

壹、西德新婚姻法的立法趨勢與立法精神

第一章	前言	3
第二章	德國婚姻法的發展	4
第三章	一九七六年婚姻法暨親屬法第一次修正法的重要內容	10
第四章	結論	22

貳、論我國結婚要件之現代化

第一章	前言	27
第二章	概說	27
第三章	結婚之實質要件	30
第四章	結婚之形式要件	40
第五章	結論	44

參、論表兄弟姊妹之結婚

2 親屬法論文集

第一章	問題的由來	49
第二章	舊社會內親與外親的概念	49
第三章	舊律例的規定	50
第四章	舊社會的生活習俗	53
第五章	外國立法例之規定	54
第六章	現代法律生活堂兄弟姊妹與表兄弟姊妹無嚴格區分之必要	56
第七章	就遺傳學與優生學上不必區分堂兄弟姊妹與表兄弟姊妹	59
第八章	結論	61

肆、論我國民法上結婚之形式要件

——從修正草案談起——

第一章	問題的由來	65
第二章	結婚形式要件的立法意旨	65
第三章	結婚形式要件的內容	69
第四章	修正草案之規定及其利弊	84
第五章	結論	86

伍、論夫妻財產制之立法準則

第一章	前言	91
第二章	法定財產制與約定財產制	92
第三章	夫妻財產制的立法原則	99
第四章	結論	106

陸、夫妻財產制之研究

第一章 前言	109
第二章 總論	111
第一節 夫妻財產制之溯源	111
第二節 法定財產制與約定財產制	113
第三節 夫妻財產制契約	118
第三章 各種夫妻財產制	142
第一節 聯合財產制	143
第二節 共同財產制	156
第三節 統一財產制	167
第四節 分別財產制	171
第四章 全國各地方法院夫妻財產制契約登記	176
第一節 概說	176
第二節 全國各地方法院登記夫妻約定財產制統計表之分析	177
第五章 結論	184

柒、從西德、瑞士普通法定財產制檢討我國聯合財產制之修正草案

第一章 前言	189
第二章 德國淨益共同財產制之立法基礎	191
第三章 瑞士所得分配財產制之內容與舊聯合財產制之比較	204
第四章 我國現行聯合財產制之缺失與修正草案之改進	222

4 親屬法論文集

第五章 結論	233
--------------	-----

捌、論聯合財產制財產所有權之歸屬

第一章 問題的提出	239
第二章 實務上的見解	239
第三章 現行法上聯合財產制所有權歸屬的檢討	242
第四章 外國立法例之檢討	245
第五章 保護妻之利益	249
第六章 保護夫之債權人	251
第七章 結論	256

玖、德國新親屬法上之別居制度與我國民法需要別居之規定

第一章 前言	261
第二章 西德新親屬法上之別居制度	263
第三章 我國民法需要別居制度之規定	277
第四章 結論	286

拾、我國離婚法之現代化

第一章 前言	291
第二章 舊律例時期	292
第三章 過渡時期	299

第四章	現行法之規定	305
第五章	法務部在親屬編修正草案初稿之修正意見	317
第六章	結論	319

拾壹、從西德新離婚法之規定檢討我國現行裁判離婚原因

第一章	前言	323
第二章	西德新離婚法上之裁判離婚原因	325
第三章	我國現行裁判離婚原因之檢討	337
第四章	結論	351
第五章	附錄	352

拾貳、論我國收養法之現代化

第一章	前言	359
第二章	現代收養法之立法趨勢	362
第一節	養子女利益為收養之指導原理	362
第二節	區分未成年子女與成年子女之收養	365
第三節	公權力介入之監督主義	369
第三章	收養之成立	373
第一節	實質要件	373
第二節	形式要件	413
第四章	收養之無效與撤銷	419
第一節	概說	419

6 親屬法論文集

第二節 外國立法例之規定	419
第三節 我國舊律例及過渡時期之規定	424
第四節 我國現行民法上之規定	428
第五節 修正草案之規定	432
第五章 收養之效力	435
第一節 概說	435
第二節 婚生子女身分之取得	436
第三節 親屬關係之發生	448
第四節 禁婚親之適用	452
第六章 收養之終止	461
第一節 概說	461
第二節 同意終止收養	462
第三節 裁判終止收養	472
第四節 收養終止之效力	479

拾參、非婚生子女之認領

第一章 事實關係	487
第二章 討論重點	487
第三章 問題解說	488
第四章 問題結論	494

拾肆、論父母對於未成年子女財產之權限

第一章 前言	499
--------------	-----

第二章	父母對未成年子女財產權限之溯源	500
第三章	我國民法上之規定及其缺失	505
第四章	外國立法例之規定	515
第五章	對民法修正之管見	529

拾伍、論中國家制的現代化

第一章	前言	537
第二章	中國家制的演變	538
第三章	家長家屬	541
第四章	家產	559
第五章	結論	571

拾陸、孩子，你的父母是誰？

——論人工生殖之子女，

尤其試管嬰兒在法律上之身分——

第一章	問題之發生	575
第二章	人工生殖之概念	577
第三章	民法上認定人工生殖所生子女身分之方法	580
第四章	人工生殖技術倫理指導綱領上認定子女身分之原則	598
第五章	問題之解決	612

拾柒、我國婦女在現代生活中的法律保障

第一章	前言	617
第二章	我國婦女在傳統社會上的法律地位	619
第三章	我國婦女在現代社會發展上的法律保護	630
第四章	結論	649

壹、西德新婚姻法的立法趨勢與立法精神

要 目

第一章 前言

第二章 德國婚姻法的發展

- 一、一九〇〇年的德國民法
- 二、一九三八年的德國婚姻法
- 三、一九四六年盟軍監管委員會的婚姻法
- 四、一九五七年之男女平等法

第三章 一九七六年婚姻法暨親屬法第一次修正法的重要內容

- 一、家庭關係
- 二、離婚
- 三、養老津貼的平衡

第四章 結論

第一章 前 言

我國司法行政部於民國六十四年開始修改現行民法。此次修改是我國自公佈民法後約半世紀以來的第一次，也是我國繼受歐陸法以來，第一次檢討其社會的有效性。民法總則的修改草案已初步完成，目前正在積極進行的是民法親屬編的修改。

本人去秋從西德進修一年半歸來。當時正遇西德「婚姻法暨親屬法第一次法案」(das Erste Gesetz zur Reform des Ehe-und Familienrechts)的公佈實施。本人乘地利之便，特別留意他們修改的討論內容，並收集他們有關的文獻。

自從二次大戰以來，西歐社會發展的趨勢是工商業的發達，交通的快速，物質生活的提高，婦女就業率的增加。〔社會結構的如此變化，婚姻關係、家庭結構、夫妻生活都受到很大的影響，尤其是離婚率的顯著增加，更是普遍的現象。因此，瑞士、英國、義大利、法國等均在檢討或修正他們的婚姻法，期能因應社會的實際需要。其中最值得留意的是西德最新的婚姻法修改。

西德鑑於舊有的婚姻法已不能適應當前西德社會的實際需要，早在一九六一年着手修改其婚姻法與親屬法。十幾年來經聯邦政府、參議院、衆議院、教會團體、學術界、實務界以及民間各種團體廣泛的討論再討論，修正再修正，終於時機成熟，於一九七六年六月十四日制定了婚姻法暨親屬法第一次修正法案，並於一九七七年七月一日正式公佈實施。爲了通盤瞭解這次德國修改法案的特色，先說明德國婚姻法的發展情形，然後將這次修改的內容，分爲家庭關係、離婚及養

老津貼平衡等提出討論，並加以批判。

第二章 德國婚姻法的發展

一、一九〇〇年的德國民法

一如德國其他民法，德國婚姻法的統一是相當緩慢的，直到一九〇〇年德國民法典（BGB）纔將全國的婚姻法與離婚法完成統一，所以德國民法典與法國拿破崙民法典相比，足足落後了一世紀。

德國民法典上的婚姻法是基於下列各原則所構成：

（一）民事婚

德國自十二世紀以來，婚姻事項是由教皇或教會管轄，並適用寺院法①的規定。男女當事人因而須在自己所隸屬教會的神父面前，舉行結婚的儀式（Konsenerklärung），始能發生夫妻的身分關係②。自德國民法典公佈後，不再承認宗教儀式的婚姻效力，祇有依照民法上之儀式，即在戶籍官吏（Standesbeamte）面前舉行的婚禮（舊德民一三一七條），始能承認合法的婚姻③。

（二）家父長型（Patriarchalismus）的家庭構造

依德國舊民法第一三五四條規定，丈夫決定一切日常家務，祇有

① 德國自一一四〇年因教皇敕令（Decretum Gratiani）的頒佈，取代日耳曼習慣法，而成為德國有效的成文法。參閱 Mitteis-Lieberich, *Deutsches Privatrecht*, München, 1976, S.57.

② Mitteis-Lieberich 前揭五七頁。

③ Hans Dölle, *Familienrecht*, Bd.1, Karlsruhe, 1964, S.183, 184; 參照德國婚姻法第十三、十四條。

夫濫用此決定權時，妻和子女纔受法律的保護^④。依德國舊民法第一三五六條第一項，妻有家務管理之責任，同時也能從事就業賺錢。但妻之家務管理須聽從丈夫的指揮，又妻的從事就業，不得與其婚姻與家庭義務相牴觸。德國民法上的婚姻有如此的特性，難怪被稱為「主婦婚姻」(Hausfrauenehe)^⑤。

(三)管理共同制的夫妻財產制 (Verwaltungsgemeinschaft)

民法上之家庭構造即採夫主外，妻主內的型態，丈夫出外工作，謀取生活所需的收入，妻子則留在家中，從事家務管理。因此，德國民法上的法定夫妻財產制，配合此婚姻生活，採用了管理共同制^⑥。此管理共同制類似我國的聯合財產制。除妻的法定特有財產外，夫妻所有財產由丈夫管理、使用收益，甚至為管理上所必要之處分。至於婚姻存續中丈夫盈餘的財產，妻並無補償或分配的請求權；換言之，妻的家務管理及育幼的代價沒有報酬。此制一面倒的有利於丈夫，無怪有人批評此制為夫專權主義^⑦。

(四)有責主義的原則 (Verschuldungsprinzip)

德國民法上的離婚原因、離婚的贍養費及子女的監護均採有責主義或過失主義。德國民法沒有像我國離婚法上的兩願離婚，而祇有裁判離婚。在裁判離婚上，法律列舉離婚的事由，以便配偶之一方對他方向法院請求離婚。惟離婚的事由，除精神病為無責的事由外，均為一方對他方的冒犯行為，例如通姦、猥褻、惡意遺棄等^⑧。又此有責的原則也被援用為決定離婚後有關配偶的贍養費與子女的監護權。因

④ Bruno Bergerfurth, *Das Eherecht*. Freiburg, 1974, S.55.

⑤ H. Dölle 前揭 Bd.1, 四一一頁以下。

⑥ 參照德國舊民法第一三六三條以下。

⑦ Peter Tuor, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zürich, 1968, S.181.

⑧ H. Dölle 前揭 Bd.1, 四七九頁。德國舊民法第一五六五條以下。